

Cour de cassation, 1^{re} chambre, 20 novembre 2014

Président : M. Storck
président de section

Rapporteur : M^{me} Ernotte
conseiller

Conclusions : M. Werquin (1)
avocat général

Plaidant : M. De Bruyn

COUR CONSTITUTIONNELLE. — Question préjudicielle. —
Effet dans le temps des arrêts d'inconstitutionnalité rendus sur
question préjudicielle.

Il résulte de la combinaison des articles 28 et 26, § 2, 2^o, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle que l'arrêt préjudiciel constatant l'inconstitutionnalité de l'article 29bis de la loi du 21 novembre 1989 (en ce qu'il exclut du régime d'indemnisation qu'il prévoit les véhicules automoteurs qui sont liés à une voie ferrée), sans que la Cour constitutionnelle en ait limité les effets dans le temps, est déclaratoire et s'impose tant à la juridiction qui a posé la question préjudicielle qu'à celle qui en est dispensée. Les principes généraux du droit de bonne administration n'autorisent pas les cours et tribunaux à s'écarter du respect de ces dispositions légales.

(SOCIÉTÉ DES TRANSPORTS INTERCOMMUNAUX DE BRUXELLES C. UNION
NATIONALE DES MUTUALITÉS SOCIALISTES)

(1) Les conclusions du ministère public sont publiées à la *Pasicrisie*, 2014, pp. 2504 à 2602.

ARRÊT

I. LA PROCÉDURE DEVANT LA COUR

Le pourvoi en cassation est dirigé contre le jugement rendu le 25 janvier 2013 par le tribunal de première instance de Bruxelles, statuant en degré d'appel.

Le 4 novembre 2014, l'avocat général Thierry Werquin a déposé des conclusions au greffe.

Le conseiller Marie-Claire Ernotte a fait rapport et l'avocat général Thierry Werquin a été entendu en ses conclusions.

II. LES MOYENS DE CASSATION

La demanderesse présente deux moyens libellés dans les termes suivants :

Premier moyen

Dispositions légales violées

- articles 1^{er} et 29*bis*, § 1^{er}, de la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs, ce dernier dans sa version en vigueur avant la modification intervenue par la loi du 19 janvier 2001 ;
- principes généraux du droit dits de bonne administration, spécialement principe de sécurité juridique et principe de confiance légitime ;
- article 28 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle ;
- articles 10 et 11 de la Constitution.

Décisions et motifs critiqués

Le jugement attaqué, après avoir reçu l'appel de la demanderesse, déclare cet appel non fondé et confirme la condamnation de celle-ci à payer à la défenderesse une somme provisionnelle de 3.657,18 EUR à augmenter des intérêts judiciaires et des dépens, par application de l'article 29*bis* de la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs dans sa version en vigueur au moment des faits, «sans donner suite à ceux des termes de cet article générant l'inégalité sanctionnée par la Cour constitu-

tionnelle» dans son arrêt n° 92/98 du 15 juillet 1998, aux motifs suivants :

« En effet, l'article 29*bis* de la loi du 21 novembre 1989, dans sa version en vigueur au moment de l'accident litigieux, créait une discrimination entre les personnes ayant subi un accident de la circulation impliquant un véhicule sur rails et les personnes ayant subi un accident de la circulation n'impliquant pas un tel véhicule (...).

7. La Cour constitutionnelle a déclaré inconstitutionnelle la discrimination dénoncée (...).

8. La question se pose alors de savoir si le tribunal peut appliquer la disposition querellée à la catégorie de personnes (ici, la catégorie de personnes ayant subi un accident de la circulation impliquant un véhicule lié à la voie ferrée) qui a été considérée, par la Cour constitutionnelle, comme étant privée, inconstitutionnellement, du bénéfice d'une disposition légale. En d'autres termes, le juge a-t-il le pouvoir, voire l'obligation, de combler la lacune de la loi, en y ajoutant ce qui lui manque pour devenir compatible avec la Constitution ou doit-il au contraire s'abstenir de toute initiative, dès lors que celle-ci l'amènerait illégitimement sur le terrain législatif ?

Une partie de la doctrine, à laquelle le tribunal se rallie, considère que, sauf en droit pénal, où le principe de légalité interdit toute création "prétorienne" du droit et empêche dès lors le juge de créer une peine ou une base légale pour asseoir une condamnation, "le juge *a quo* peut, et doit, toujours, remédier à l'inconstitutionnalité constatée par la Cour d'arbitrage en rétablissant la partie discriminée dans son droit et ce, que l'inconstitutionnalité réside dans une disposition expresse ou dans une 'lacune'" (B. RENAULD, obs. sous C. trav. Bruxelles, 8 février 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 637). Cette position est confortée tant :

- par l'arrêt n° 111/2008 du 31 juillet 2008 de la Cour constitutionnelle, qui précise que, "pour ce qui est de l'observation du Conseil des ministres selon laquelle la Cour peut constater une lacune législative mais ne peut la combler, c'est au juge *a quo* qu'il appartient, si la lacune est située dans le texte soumis à la Cour, de mettre fin à l'inconstitutionnalité constatée par celle-ci, lorsque ce constat est exprimé en des termes suffisamment précis et complets pour permettre que la disposition en cause soit appliquée dans le respect des articles 10 et 11 de la Constitution" ;
- que par l'arrêt prononcé le 3 novembre 2008 par la Cour de cassation, aux termes duquel "le juge est tenu de remédier dans la mesure du possible à toute lacune de la loi qui viole les articles 10 et 11 de la Constitution dont la Cour constitutionnelle a constaté l'existence. Le juge ne peut pallier cette lacune que si celle-ci le permet. Ainsi, il peut et doit pallier la lacune s'il peut mettre fin à l'inconstitutionnalité en suppléant simplement à l'insuffisance de la disposition légale litigieuse dans le cadre des dispositions légales existantes, de manière à la rendre conforme aux articles 10 et 11 de la Constitution" (Cass., 3 novembre 2008, S.07.0013.N, sur www.juridat.be).

Dans son arrêt n° 62/38 (lire : 92/98) du 15 juillet 1998, la Cour constitutionnelle a dit pour droit que "l'article 29*bis* de la loi du 21 novembre 1989

relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il exclut du régime d'indemnisation qu'il prévoit les véhicules qui sont liés à une voie ferrée", sanctionnant ainsi l'exclusion des accidents impliquant des véhicules liés à la voie ferrée du régime d'indemnisation instauré par l'article 29*bis*.

Le tribunal constate que l'insertion de la locution "en ce que" par la Cour constitutionnelle dans son dispositif limite le constat d'invalidité qu'elle pose à la partie de la norme soumise à son contrôle (voy. à cet égard V. THIRY, *La Cour d'arbitrage, compétence et procédure*, Kluwer, n^{os} 213 et s.; B. LOMBAERT, «Les techniques d'arrêt et la Cour d'arbitrage», *R.B.D.C.*, 1996, pp. 320 et s.).

En application de l'article 28 de la loi précitée du 6 janvier 1989, et constatant que la Cour constitutionnelle n'a invalidé qu'un aspect particulier de l'article 29*bis*, le tribunal estime qu'il y a lieu de faire application de cet article 29*bis* au cas d'espèce, sans donner suite à ceux de ses termes générant l'inégalité sanctionnée par la Cour constitutionnelle (en ce sens, *mutatis mutandis*, B. LOMBAERT, *op. cit.*, p. 322), anticipant de la sorte raisonnablement la réaction qu'a eue le législateur suite à cet arrêt de la Cour constitutionnelle.

Le constat d'invalidité est ainsi circonscrit à la partie précise de l'article 29*bis* litigieux, qui crée une inégalité entre personnes victimes d'un accident de la circulation mettant en cause ou non un véhicule lié à une voie ferrée (B. LOMBAERT, *op. cit.*, pp. 320-321), l'usage de locutions telles que "en ce sens que", "dans la mesure où", (...) ayant pour objectif de limiter au maximum la portée de l'invalidation, en l'espèce, par une délimitation précise de la partie de la disposition anticonstitutionnelle ».

Griefs

Les juges d'appel ont constaté que, dans sa version en vigueur au moment de l'accident, l'article 29*bis* de la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs excluait expressément du régime d'indemnisation qu'il instaurait tout accident mettant en cause « un véhicule sur rails ».

Dans son arrêt n^o 92/98 du 15 juillet 1998, la Cour d'arbitrage (actuellement dénommée Cour constitutionnelle) a dit pour droit que l'article 29*bis* de cette loi « viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il exclut du régime d'indemnisation qu'il prévoit les véhicules qui sont liés à une voie ferrée ».

Cet arrêt a été publié au *Moniteur belge* du 13 octobre 1998.

L'article 29*bis* précité de la loi du 21 novembre 1989 sera par la suite modifié par une loi du 19 janvier 2001 élargissant la portée de cette disposition légale aux accidents de la circulation liés à des véhicules sur rails.

Le jugement attaqué fonde sa décision sur l'article 29*bis* dans sa version en vigueur au moment des faits « sans donner suite à ceux de ses termes générant l'inégalité sanctionnée par la Cour constitutionnelle ».

L'article 28 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle prévoit que « la juridiction qui a posé la question préjudicielle, ainsi que toute autre juridiction appelée à statuer dans la même affaire, sont tenues, pour la solution du litige à l'occasion duquel ont été posées les questions visées à l'article 26, de se conformer à l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle ».

En l'espèce, les juges d'appel, bien que statuant dans une autre affaire, ont décidé de se conformer à cet arrêt pour la solution du litige dont ils étaient saisis, en vue de « respecter une justice rapide et équitable, puisque la jurisprudence de la Cour constitutionnelle en la matière est constante ».

Mais, s'il appartient au juge de tenir compte de l'inconstitutionnalité constatée pour la solution du litige dont il est saisi, il ne peut le faire qu'en respectant les exigences de la confiance légitime et de la sécurité juridique érigées en principes généraux du droit.

Ces principes s'opposent à ce que l'obligation d'indemnisation qui est prévue à l'article 29*bis*, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 21 novembre 1989 s'applique aux accidents de la circulation impliquant des véhicules automoteurs liés à une voie ferrée qui se sont produits avant la publication de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 15 juillet 1998.

Il en résulte qu'en condamnant la demanderesse à indemniser la défenderesse sur pied de l'article 29*bis* de la loi du 21 novembre 1989 précité dans sa version en vigueur au moment des faits, tel qu'il a été corrigé et complété par l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 15 juillet 1998, alors qu'au moment des faits, le 10 novembre 1997, ledit arrêt n'avait pas encore été publié, les juges d'appel ont méconnu les principes généraux du droit et violé les dispositions légales visées au moyen.

(...)

III. LA DÉCISION DE LA COUR

Sur le premier moyen

Suivant l'article 29*bis*, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en

matière de véhicules automoteurs, avant sa modification par la loi du 19 janvier 2001, à l'exception des dégâts matériels, tous les dommages résultant de lésions corporelles ou du décès, causés à toute victime d'un accident de la circulation ou à ses ayants droit, dans lequel est impliqué un véhicule automoteur, sont indemnisés par l'assureur qui couvre la responsabilité du propriétaire, du conducteur ou du détenteur de ce véhicule automoteur conformément à cette loi.

Conformément au paragraphe 3 de cet article, qui renvoie à l'article 1^{er} de la même loi, il faut entendre par véhicule automoteur tout véhicule destiné à circuler sur le sol et qui peut être actionné par une force mécanique sans être lié à une voie ferrée.

Par l'arrêt préjudiciel n° 92/98 rendu le 15 juillet 1998, la Cour constitutionnelle a dit pour droit que l'article 29*bis* de la loi du 21 novembre 1989 viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il exclut du régime d'indemnisation qu'il prévoit les véhicules automoteurs qui sont liés à une voie ferrée.

En vertu de l'article 28 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, la juridiction qui a posé la question préjudicielle, ainsi que toute autre juridiction appelée à statuer dans la même affaire, sont tenues, pour la solution du litige à l'occasion duquel ont été posées les questions, de se conformer à l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle.

Conformément à l'article 26, § 2, 2°, de la loi spéciale, lorsque la Cour constitutionnelle a déjà statué sur une question ou un recours ayant un objet identique, la juridiction devant laquelle est soulevée une telle question n'est pas tenue de la poser à nouveau.

Il résulte de la combinaison de ces dispositions que l'arrêt préjudiciel constatant l'inconstitutionnalité de l'article 29*bis* de la loi du 21 novembre 1989, sans que la Cour constitutionnelle en ait limité les effets dans le temps, est déclaratoire et s'impose tant à la juridiction qui a posé la question préjudicielle qu'à celle qui en est dispensée.

Les principes généraux du droit de bonne administration n'autorisent pas les cours et tribunaux à s'écarter du respect de ces dispositions légales.

Le moyen, qui est tout entier fondé sur ce que, pour les juridictions non visées par l'article 28 de la loi spéciale, l'effet de l'arrêt préjudiciel constatant l'inconstitutionnalité de l'article 29*bis* précité est limité aux accidents de la circulation impliquant un

véhicule automoteur lié à une voie ferrée survenus après la publication de cet arrêt, manque en droit.

(...)

Par ces motifs, la Cour rejette le pourvoi (...).

NOTE

Réception des arrêts préjudiciels : un acte d'apaisement de la Cour de cassation vers la Cour constitutionnelle

L'arrêt rendu par la première chambre (section française) de la Cour de cassation le 20 novembre 2014, sur les conclusions conformes de M. l'avocat général Thierry Werquin, apporte une réponse nouvelle à une question qui l'est nettement moins : les effets d'un arrêt rendu par la Cour constitutionnelle sur renvoi préjudiciel peuvent-ils être modulés par les autres juridictions ? Sont visées, non seulement la juridiction qui est à l'origine de la question préjudicielle, mais également toute juridiction appelée ultérieurement à statuer sur une question ayant un objet identique. On se souviendra que, dans un arrêt très controversé, rendu le 20 décembre 2007, la première chambre (section néerlandaise) de la Cour de cassation avait reconnu une telle possibilité au pouvoir judiciaire⁽¹⁾. Sept années plus tard, l'arrêt du 20 novembre 2014 opère un spectaculaire revirement⁽²⁾.

La volte-face est à ce point marquante qu'il est étrange qu'elle n'ait pas été décidée en séance plénière de la Cour de cassation. Comme l'a souligné John Kirkpatrick, une audience plénière s'impose lorsque « la Cour envisage, à l'occasion d'une procédure française, de revenir sur la jurisprudence d'une chambre néerlandaise », tant il est essentiel « de ne pas créer l'impression qu'une section linguistique de la Cour aurait une jurisprudence opposée à celle de l'autre section linguistique »⁽³⁾.

De toute évidence, le revirement de jurisprudence de la Cour de cassation trouve une explication dans un arrêt de principe rendu par la Cour constitutionnelle le 7 juillet 2011, par lequel cette dernière motive très explicitement la possibilité qu'elle se reconnaisse d'aménager elle-même les effets temporels d'un arrêt préjudiciel, et ce alors même que le législateur ne l'y autorise pas⁽⁴⁾.

(1) Cass., 20 décembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 2421 ; *R.W.*, 2008, p. 1368. Sur cet arrêt, voy. J. KIRKPATRICK, « Les suites à donner à un arrêt préjudiciel de la Cour constitutionnelle qui déclare une lacune législative contraire au principe d'égalité. À propos de la réparation des dommages causés à des usagers faibles par des accidents impliquant un tram ou un train », *J.T.*, 2009, pp. 257-262 ; P. POPELIER, « Rechterlijk overgangsrecht *revisited*. Over een juridisch vacuüm, een prejudicieel arrest en de werking van rechterlijke uitspraken in de tijd », *R.W.*, 2008, pp. 1370-1374.

(2) Publié in *A.P.T.*, 2015, p. 194, avec des extraits des concl. de l'avocat général Th. WERQUIN. Voy. également Cass. (1^{re} ch.), 5 février 2016.

(3) J. KIRKPATRICK, « À propos d'un revirement de la jurisprudence de la Cour de cassation réalisé sans audience plénière », *J.T.*, 2015, p. 407.

(4) C. const., 7 juillet 2011, arrêt n° 125/2011. Sur cet arrêt, voy. F. ABU DALU, « On n'est jamais si bien servi que par soi-même : la Cour constitutionnelle et la limitation dans le temps de ses arrêts rendus sur question préjudicielle », *J.L.M.B.*, 2011, pp. 1437-1439 ; H. BORTELS, « Het Grondwettelijk Hof, een buitengewone wetgever », *T.B.P.*, 2012, pp. 42-50 ; P. JOASSART,



Il nous paraît important de revenir sur la position initiale de la Cour de cassation (I) et sur l'initiative subséquente de la Cour constitutionnelle (II), afin d'apprécier à sa juste mesure la teneur et la portée de l'arrêt du 20 novembre 2014 (III).

I. — LA JURISPRUDENCE INITIALE DE LA COUR DE CASSATION

Au cœur de la polémique déclenchée par l'arrêt de la Cour de cassation du 20 décembre 2007, on trouve une disposition législative : l'article 29*bis* de la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs, tel qu'il a été inséré par l'article 45 de la loi du 30 mars 1994 et modifié par l'article 1^{er} de la loi du 13 avril 1995. Cette disposition organise un mécanisme d'indemnisation automatique des victimes d'accidents de la circulation — et, plus particulièrement, des usagers faibles, comme les piétons — lorsqu'est impliqué un « véhicule automoteur ». Avant d'être modifié par une loi du 19 janvier 2001 (5), l'article 29*bis*, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 21 novembre 1989 était rédigé en ces termes : « À l'exception des dégâts matériels, tous les dommages résultant de lésions corporelles ou du décès, causés à toute victime d'un accident de la circulation ou à ses ayants droit, dans lequel est impliqué un véhicule automoteur, sont indemnisés par l'assureur qui couvre la responsabilité du propriétaire, du conducteur ou du détenteur de ce véhicule automoteur conformément à la présente loi ». La règle procède tout à la fois d'un souci de justice sociale et de préoccupations budgétaires (6).

Qu'est-ce qu'un « véhicule automoteur » au sens de l'article 29*bis* ? Selon l'article 29*bis*, § 3, « il faut entendre par véhicule automoteur tout véhicule visé à l'article 1^{er} de la présente loi, à l'exclusion des fauteuils roulants automoteurs susceptibles d'être mis en circulation par une personne handicapée ». Et l'article 1^{er} de disposer que sont des véhicules automoteurs, « les véhicules destinés à circuler sur le sol et qui peuvent être actionnés par une force mécanique sans être liés à une voie ferrée ». Par ces derniers mots, le législateur crée une différence de traitement entre deux catégories de victimes d'accidents de la circulation, selon que le véhicule automoteur impliqué dans l'accident est lié ou non à une voie ferrée : dans le premier cas, le mécanisme légal d'indemnisation ne s'applique pas, tandis qu'il s'applique dans le second cas. Cette différence de traitement est-elle compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution ?

« La fin de la distinction entre ouvriers et employés imposée par la Cour constitutionnelle : quelles conséquences ? », *J.T.T.*, 2012, pp. 2-5 ; M. MAHIEU et G. PIJCKE, « Aménagement dans le temps des effets des arrêts rendus sur question préjudicielle : la Cour constitutionnelle a franchi le cap », *J.T.*, 2011, pp. 714-719 ; S. VERSTRAELEN, « Toen barstte de bom : het Grondwettelijk Hof handhaaft in een prejudicieel arrest de gevolgen van een vastgestelde ongrondwettigheid », *R.W.*, 2011-2012, pp. 1230-1241 ; M. WESTRADE, « Distinction entre ouvriers et employés : licenciement, jour de carence. Pour une dynamique du droit », *J.L.M.B.*, 2011, pp. 1434-1436.

(5) Art. 2 de la loi du 19 janvier 2001 modifiant diverses dispositions relatives au régime de l'indemnisation automatique des usagers de la route les plus vulnérables et des passagers de véhicules (*M.B.*, 21 février 2001).

(6) P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. 2, *Les obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 1509-1510.



Dans un arrêt du 15 juillet 1998(7), saisie d'une question préjudicielle posée par le tribunal de police de Bruxelles, la Cour constitutionnelle, tout en précisant que la différence de traitement s'explique par des circonstances historiques, considère qu'il ne se justifie pas pour autant que l'élaboration des règles relatives aux effets de la circulation continue d'être pensée abstraction faite des véhicules sur rails, quel que soit le problème» (B.3). Aux yeux de la Cour, en l'occurrence, «s'il peut être admis que les véhicules sur rails soient soumis à des règles de police de la circulation dérogeant à celles qui s'appliquent aux autres véhicules, par exemple parce que leur trajectoire est prévisible et que leur mobilité ainsi que leur capacité de freinage sont plus limitées, il n'est nullement démontré qu'ils représentent un risque moindre, à un point tel qu'il se justifie de prévoir un régime de réparation des dommages fondamentalement différent» (B.5).

Quelques années après l'arrêt de la Cour constitutionnelle, la Cour de cassation rend l'arrêt du 20 décembre 2007. Les faits à la base de cet arrêt sont simples. Un tram de la Société des transports intercommunaux de Bruxelles (S.T.I.B.), donc un véhicule automoteur relié à une voie ferrée, heurte un piéton, qui est indemnisé par sa mutuelle, l'Alliance nationale des mutualités chrétiennes (A.N.M.C.). Se subrogeant aux droits de la victime(8), l'A.N.M.C. assigne la S.T.I.B., tiers responsable de l'accident, en réparation du dommage corporel subi par cette victime(9). Statuant en degré d'appel, le jugement du tribunal de première instance de Bruxelles considère qu'il lui revient de prendre acte de l'inconstitutionnalité constatée par la Cour constitutionnelle et, partant, de «négliger» purement et simplement la norme déclarée inconstitutionnelle, refusant ainsi d'étendre cette norme à la catégorie discriminée de victimes. C'est précisément ce que conteste l'A.N.M.C. dans son pourvoi, soutenant que l'arrêt de la Cour constitutionnelle fait partie des arrêts constatatifs de lacunes législatives «auto-réparatrices» que le tribunal était habilité à combler lui-même(10).

(7) C. const., 15 juillet 1998, arrêt n° 92/98. Dans cette affaire, voy. Cass., 3 décembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 2176. Sur ce dernier arrêt, voy. J. KIRKPATRICK, «Les suites à donner à un arrêt préjudiciel de la Cour constitutionnelle qui déclare une lacune législative contraire au principe d'égalité...», *op. cit.*, p. 258. La Cour constitutionnelle a été saisie d'autres questions préjudicielles relatives à la compatibilité avec les articles 10 et 11 de la Constitution de la même disposition, mais au regard d'autres différences de traitement : arrêt n° 23/2002 du 23 janvier 2002 ; arrêt n° 121/2002 du 3 juillet 2002 ; arrêt n° 130/2002 du 18 septembre 2002 ; arrêt n° 158/2002 du 6 novembre 2002 ; arrêt n° 158/2003 du 10 décembre 2003 ; arrêt n° 93/2006 du 7 juin 2006 ; arrêt n° 193/2005 du 21 décembre 2005 ; arrêt n° 121/2010 du 28 octobre 2010 ; arrêt n° 86/2011 du 18 mai 2011 ; arrêt n° 35/2012 du 8 mars 2012 ; arrêt n° 116/2013 du 31 juillet 2013 ; arrêt n° 25/2014 du 6 février 2014 ; arrêt n° 74/2015 du 28 mai 2015.

(8) Art. 136, § 2, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnité, coordonnée le 14 juillet 1994 (*M.B.*, 27 août 1994). Voy. C. const., 16 juin 2011, arrêt n° 108/2011.

(9) L'article 10, § 2, de la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs dispose que «le Roi peut autoriser les organismes d'intérêt public de transport en commun nationaux ou régionaux qu'il désigne à bénéficier du régime applicable à l'État. Toutefois, en ce qui concerne les organismes qui dépendent des régions, cette autorisation est accordée après avis de celles-ci (...)». Le 27 janvier 1998, un arrêté royal a été adopté en exécution de cette disposition (*M.B.*, 4 avril 1998).

(10) Sur les lacunes «auto-réparatrices», voy. *infra*.

La Cour de cassation a rejeté le moyen de l'A.N.M.C., en opposant « d'office que le jugement entrepris est légalement justifié par un motif de droit différent de la motivation du jugement entrepris critiquée par le moyen » (11). Elle décide, sans autres bases juridiques que la confiance légitime et la sécurité juridique, qu'il appartient au pouvoir judiciaire, lors de l'interprétation de la loi, de fixer dans le temps les effets de la violation de la Constitution à laquelle conclut la Cour constitutionnelle dans une réponse à une question préjudicielle», précisant que « le juge qui constate ainsi l'application dans le temps de l'anticonstitutionnalité constatée par la Cour constitutionnelle, doit tenir compte de la confiance légitime de la société dans les dispositions légales et des exigences impératives de la sécurité juridique ». Selon elle, la confiance légitime et la sécurité juridique s'opposent « à ce que l'obligation d'indemnisation qui est prévue par l'article 29*bis*, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 21 novembre 1989, s'applique aux accidents de la circulation impliquant des véhicules automoteurs reliés à une voie ferrée, qui se sont produits avant la publication de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 15 juillet 1998 ».

Le 5 juin 2008, la première chambre (section néerlandaise) de la Cour de cassation rend un arrêt relatif à l'inconstitutionnalité de la même norme législative, dans lequel elle réitère, en des termes identiques, l'orientation prise le 20 novembre 2007 (12). La décision entreprise en l'espèce est un jugement du tribunal de première instance de Courtrai, statuant en degré d'appel, et met en présence la Société nationale des chemins de fer belges (S.N.C.B.), auteur de l'accident (13), et la mutuelle, ici encore l'A.N.M.C., subrogée aux droits de la victime.

Le 9 juin 2009, la deuxième chambre (section néerlandaise) de la Cour de cassation confirme implicitement la jurisprudence décrite ci-avant, mais à propos de l'inconstitutionnalité d'une autre norme législative (14). Il s'agit de l'article 416, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle, qu'un an auparavant la Cour constitutionnelle a déclaré contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution (15), en lui faisant grief de ne pas prévoir un recours en cassation immédiat contre les arrêts rendus en application de l'article 235*ter* du Code d'instruction criminelle (contrôle par la chambre des mises en accusation de la régularité des méthodes particulières de recherche en matière d'ob-

(11) J. KIRKPATRICK, « Les suites à donner à un arrêt préjudiciel de la Cour constitutionnelle qui déclare une lacune législative contraire au principe d'égalité... », *op. cit.*, p. 259. Sur ce procédé, voy. P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. 2, *Les obligations*, *op. cit.* (note 6).

(12) Cass., 5 juin 2008, *Pas.*, 2008, p. 1406; *R.W.*, 2010, p. 1643. Voy. également C. const., 10 décembre 2003, arrêt n° 158/2003.

(13) L'article 10, § 1^{er}, de la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs dispose que l'État, les régions et les communautés, mais également des organismes publics comme la Société nationale des chemins de fer belges, « ne sont pas tenus de contracter une assurance pour les véhicules leur appartenant ou immatriculés en leur nom. En l'absence d'assurance, ils couvrent eux-mêmes conformément à la présente loi la responsabilité civile à laquelle le véhicule automoteur peut donner lieu (...) ».

(14) Cass., 9 juin 2009, *Pas.*, 2009, p. 1452; *J.T.*, 2009, p. 733, obs. J. KIRKPATRICK, « L'effet déclaratif des arrêts de la Cour constitutionnelle et la sécurité juridique »; *J.L.M.B.*, 2010, p. 539, obs. G. NINANE, « L'effet déclaratif des arrêts de la Cour constitutionnelle : heurs et malheurs du temps qui refuse de suspendre son vol ».

(15) C. const., 31 juillet 2008, arrêt n° 111/2008.

servation et d'infiltration). Selon la Cour, «lorsque la Cour constitutionnelle constate l'inconstitutionnalité d'une loi, cette décision revêt en principe un caractère déclaratif et s'applique donc rétroactivement». Tout est dans les mots «en principe». Cependant, la Cour décide *in casu* de ne pas moduler dans le temps les effets de l'arrêt préjudiciel de la Cour constitutionnelle. Son refus de limiter la rétroactivité de l'arrêt préjudiciel est motivé par le constat qu'en l'occurrence la rétroactivité n'est pas «incompatible avec la confiance de la société dans les dispositions légales et avec les exigences de la sécurité juridique».

La position de la Cour de cassation — qu'on trouve dans certaines décisions antérieures de juges du fond(16) — a été critiquée, parfois vivement, par la doctrine, qui tient généralement pour préférable de laisser à la Cour constitutionnelle elle-même le soin de s'engager dans la voie d'une modalisation temporelle de ses arrêts(17). Certains auteurs ont dénoncé le risque d'inacceptables contradictions entre juridictions(18). Un autre y a vu «un excès de pouvoir manifeste»(19).

L'excès de pouvoir résulte de ce que la Cour de cassation s'est arrogé un pouvoir que le législateur a refusé de reconnaître à la Cour constitutionnelle elle-même et qui, en toute hypothèse, revient naturellement à cette dernière. N'est-on pas en droit d'attendre des juges constitutionnels, comme de tout juge en général, qu'ils fassent preuve de conséquentialisme. Être conséquent, c'est agir «avec un esprit de suite»(20). Pour la Cour constitutionnelle invitée à répondre à une question préjudicielle, c'est apprécier les effets qu'une décision trop abrupte peut entraîner, non seulement dans l'espèce *a quo*, mais aussi dans l'ensemble de l'ordre juridique, voire dans la société en général. Qui d'autre que la Cour constitutionnelle est en mesure d'assumer la responsabilité d'une telle appréciation ? Ne perdons pas de vue que l'aménagement dans le temps des effets d'un arrêt se fait nécessairement par voie générale et abstraite. S'écarter de cette exigence élémentaire, c'est courir le risque de discriminations entre justiciables. En effet, «comment justifier que les justiciables se voient appliquer les effets d'une norme déclarée inconstitutionnelle ou s'en trouvent exonérés, selon la décision du juge qu'ils ont saisi ? »(21).

L'excès de pouvoir vient aussi de la remise en cause qu'il emporte du mécanisme même de renvoi préjudiciel en inconstitutionnalité. Le problème réside en ceci que la Cour de cassation décide que l'inconstitutionnalité constatée par l'arrêt préjudiciel de la Cour constitutionnelle «n'a d'effet qu'à partir de

(16) Voy. not. Civ. Liège, 24 février 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1304 : «Attendu que c'est donc en définitive aux cours et tribunaux qu'il incombe de déterminer dans le temps les effets des arrêts de la Cour d'arbitrage rendus sur questions préjudicielles».

(17) Voy. not. S. GUILLIAMS, «Discriminatoire bevonden wetgeving houdt niet noodzakelijk een fout van de wetgever in», *T.F.R.*, 2011, p. 201.

(18) M. MAHIEU et G. PIJCKE, «L'autorité dans le temps des arrêts préjudiciels prononcés par la Cour constitutionnelle», in *Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'homme — Liber Amicorum Michel Melchior*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, p. 164.

(19) J. KIRKPATRICK, «Les suites à donner à un arrêt préjudiciel de la Cour constitutionnelle qui déclare une lacune législative contraire au principe d'égalité...», *op. cit.*, p. 262.

(20) M. LENOBLE-PINSON, *Dire et écrire le droit en français correct — Au plaisir des gens de robe*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 178.

(21) M. MAHIEU et G. PIJCKE, «Aménagement dans le temps des effets des arrêts rendus sur question préjudicielle : la Cour constitutionnelle a franchi le cap», *op. cit.*, p. 716.

la publication de celui-ci alors que, par définition, un tel arrêt a pour objet de permettre au juge *a quo* de résoudre un litige nécessairement antérieur à la décision par laquelle il pose la question préjudicielle» (22). Si la réponse de la Cour constitutionnelle à une question préjudicielle est susceptible d'être anéantie par une décision de modulation temporelle de la juridiction de renvoi, c'est la pertinence même de la question qui s'en trouve rétroactivement niée. Or, l'article 26, § 2, alinéa 3, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle rappelle que la vocation d'une question préjudicielle est de réclamer une réponse indispensable à la résolution du litige *a quo*. Au-delà de la pertinence de la question préjudicielle, c'est le mécanisme même du renvoi préjudiciel, fondé sur l'article 142 de la Constitution, qui s'en trouve sapé. Lorsqu'en son alinéa 3, l'article 142 confie à la Cour constitutionnelle la responsabilité de répondre, à titre préjudiciel, aux questions qui lui sont renvoyées par les juridictions, il entend établir, par l'utilisation du mot «préjudiciel», un lien de nécessité entre la question et le fond : la question posée, et donc la réponse fournie, sont nécessaires à l'examen du fond du litige. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le législateur spécial a prévu une surséance à statuer à l'article 30, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 : «La décision de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle suspend la procédure et les délais de procédure et de prescription depuis la date de cette décision jusqu'à celle à laquelle l'arrêt de la Cour constitutionnelle est notifié à la juridiction qui a posé la question préjudicielle».

L'excès de pouvoir gît enfin dans l'effet potentiellement dévastateur pour la cohérence de l'ordre juridique d'une telle jurisprudence. On se souviendra que l'autorité de la chose jugée dont sont revêtus les arrêts rendus par la Cour constitutionnelle sur renvoi préjudiciel est relative et qu'ils n'emportent pas la disparition de la norme. Toutefois, en vertu de l'article 4, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989, un nouveau délai de six mois est ouvert lorsque la Cour a déclaré l'inconstitutionnalité d'une norme législative en réponse à une question préjudicielle, ce délai prenant cours «respectivement à la date de la notification de l'arrêt rendu par la Cour, selon le cas, au Premier ministre et aux présidents des Gouvernements et aux présidents des assemblées législatives, ou à la date de la publication de l'arrêt au *Moniteur belge*». Un tel recours peut être formé, non seulement par le Conseil des ministres ou un Gouvernement de communauté ou de région, mais aussi — depuis la loi spéciale du 9 mars 2003 — par les présidents des assemblées législatives, à la demande de deux tiers de leurs membres, et par toute personne physique ou morale justifiant d'un intérêt. L'ouverture de ce nouveau délai aux particuliers est intéressante. Car, si «les parties au litige devant le juge qui a posé la question préjudicielle auront peu d'intérêt pratique à initier la procédure d'annulation (la juridiction de renvoi ainsi que toutes celles qui seraient saisies ultérieurement du litige étant tenues de ne pas appliquer à la procédure en cours la norme déclarée inconstitutionnelle), on peut concevoir que d'autres personnes physiques ou morales, au nom des intérêts collectifs qu'elles prennent en charge (...) trouvent dans cette possibilité qui leur est offerte l'occasion de procéder à l'assainissement d'un ordre juridique ébranlé par le maintien

(22) J. KIRKPATRICK, «Les suites à donner à un arrêt préjudiciel de la Cour constitutionnelle qui déclare une lacune législative contraire au principe d'égalité...», *op. cit.*, p. 262.

en son sein d'une règle qui a fait l'objet d'une censure aussi lourde»(23). Admettre la possibilité qu'un arrêt préjudiciel soit soumis à une modalisation temporelle par la juridiction *a quo*, c'est accepter le risque qu'ultérieurement, la Cour constitutionnelle, saisie sur la base de l'article 4, alinéa 2, de la loi spéciale, refuse de maintenir les effets de la norme annulée — un pouvoir que le législateur spécial lui reconnaît au contentieux de l'annulation(24) —, entrant ainsi en contradiction avec la décision de la juridiction *a quo*.

II. — LA JURISPRUDENCE NOVATRICE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Soucieux d'offrir à la Cour constitutionnelle «les outils nécessaires pour réaliser les arbitrages souhaitables entre légalité et sécurité»(25), le législateur spécial l'autorise à déroger à la rétroactivité inhérente à toute annulation. L'article 8, alinéa 3, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle habilite cette dernière, si elle «l'estime nécessaire» et «par voie de disposition générale», à indiquer «ceux des effets des dispositions annulées qui doivent être considérés comme définitifs ou maintenus provisoirement pour le délai qu'elle détermine»(26). Sur cette base, la Cour peut maintenir dans le passé les effets de la norme législative qu'elle annule, ce qui est un procédé courant dans le modèle concentré de justice constitutionnelle(27). Il s'agit généralement, dans un souci de sécurité juridique, d'éviter l'apparition d'un trouble plus grand encore que celui créé par la norme annulée, voire parfois de ne pas tromper la confiance légitime des administrés. La Cour peut aussi maintenir dans le futur, pendant une période qu'elle fixe, les effets d'une norme législative qu'elle tient pour inconstitutionnelle(28). La Cour utilise régulièrement ce procédé lorsqu'il appert que l'invalidation immédiate de la norme annulée aurait pour effet de créer une situation juridique — parfois un *vide juridique* — qu'elle juge trop préjudiciable. Le maintien des effets de la norme pour une période déterminée doit alors s'interpréter comme une

(23) M.-F. RIGAUX et B. RENAULD, *La Cour constitutionnelle*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 145. Voy. également C. HOREVOETS, «La jurisprudence constitutionnelle deviendrait-elle source de précédent?», in *Liber Amicorum Paul Martens — L'humanisme dans la résolution des conflits : utopie ou réalité?*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 771-773 (qui observe qu'un justiciable confronté au même problème de constitutionnalité peut préférer cette solution plutôt que celle consistant à introduire une action devant un juge et à demander à ce dernier d'appliquer la solution précédemment adoptée par la Cour constitutionnelle).

(24) Voy. *infra*.

(25) F. OST, «L'heure du jugement sur la rétroactivité des décisions de justice. Vers un droit transitoire de la modification des règles jurisprudentielles», in F. OST et M. VAN HOECKE (dir.), *Temps et droit — Le droit a-t-il vocation de durer?*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 127.

(26) Voy. K. MUYLLE, «Les conséquences du maintien des effets de la norme annulée par la Cour d'arbitrage», in H. DUMONT, P. JADOUL et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Bruxelles, la Charte, 2007, pp. 525-558; P. POPELIER, *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Anvers, Intersentia, 2008, pp. 371-378; G. ROSOUX, «Le maintien des effets des dispositions annulées par la Cour d'arbitrage: théorie et pratique», in *Liber Amicorum Paul Martens...*, *op. cit.*, pp. 439-456; K.-J. VANDORMAEL, *Het Grondwettelijk Hof: rechter of regelgever? — Analyse van de draagwijdte van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 38-41; M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 270-279.

(27) Voy. X. MAGNON, «La modulation des effets dans le temps des décisions du juge constitutionnel», *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2011, vol. XXVII, pp. 557-587.

(28) Voy. par exemple C. const., 15 octobre 2005, arrêts n° 138/2005 et n° 139/2005.

invitation adressée au législateur à modifier, voire à abroger, la norme inconstitutionnelle et ce, avant l'expiration de la période fixée, parce que lui seul est à même de choisir les mesures de nature à éliminer l'inconstitutionnalité constatée.

Toutefois, l'article 8, alinéa 3, concerne les recours en annulation et non les questions préjudicielles. Au cours des discussions parlementaires ayant précédé le vote de la loi spéciale du 9 mars 2003 modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989, il avait été envisagé d'introduire une règle analogue dans la procédure sur renvoi préjudiciel. Un amendement avait été déposé en ce sens par le sénateur Hugo Vandenberghe (29). S'inspirant de l'article 8, alinéa 3, il proposait d'insérer dans la loi spéciale un article 27*bis* rédigé en ces termes : « Si la Cour le juge nécessaire, elle détermine, par voie de disposition générale, les effets dans le temps de son arrêt ». L'amendement n'a pas été retenu (30). Pour justifier son rejet, le Vice-Premier ministre Johan Vande Lanotte a insisté sur la nécessité de préserver les droits des tiers qui, bien que potentiellement intéressés, ne sont pas parties à la procédure devant la Cour constitutionnelle. Selon lui, ces droits ne seraient plus respectés si l'on donnait à la juridiction constitutionnelle « le pouvoir de tirer elle-même des conclusions générales de ses arrêts rendus sur question préjudicielle » (31). Cet avertissement doit aujourd'hui être relativisé. Car, depuis 2008, la Cour constitutionnelle admet que justifient d'un intérêt à intervenir devant elle dans le cadre de l'examen d'une question préjudicielle les personnes qui font la preuve suffisante de l'effet direct que peut avoir sur leur situation personnelle la réponse que va donner la Cour à cette question préjudicielle (32). Une possibilité est ainsi offerte aux tiers d'enrichir par leurs arguments les débats en cours.

L'impossibilité légale pour la Cour constitutionnelle de donner à ses arrêts sur renvoi préjudiciel une modalisation temporelle peut s'avérer problématique. Un arrêt préjudiciel constatant l'inconstitutionnalité d'une norme législative, s'il n'annule pas cette norme, n'en a pas moins une autorité

(29) *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2001-2002, n° 2-897/4, pp. 11-12.

(30) *Ibid.*, p. 233.

(31) *Ibid.*, p. 217.

(32) L'intervention de tiers est régie par l'article 87 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, qui distingue entre les procédures sur recours en annulation et les procédures sur renvoi préjudiciel. Dans le cas d'une question préjudicielle, l'intervention est limitée à « toute personne justifiant d'un intérêt dans la cause devant la juridiction qui ordonne le renvoi ». Dans l'interprétation de ces derniers termes, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle a sensiblement évolué. Il n'est plus nécessaire de démontrer être partie dans une procédure analogue au litige *a quo*. Dans un arrêt du 4 mars 2008 (arrêt n° 44/2008), elle admet, en effet, que justifient d'un intérêt à intervenir devant elle « les personnes qui font la preuve suffisante de l'effet direct que peut avoir sur leur situation personnelle la réponse que va donner la Cour à une question préjudicielle ». À l'appui de cette nouvelle position jurisprudentielle, la Cour invoque deux arguments. Tout d'abord, elle estime qu'elle « doit avoir égard à l'autorité de chose jugée renforcée qui découle de l'article 26, § 2, alinéa 2, 2°, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 et se soucier de ne pas multiplier les questions préjudicielles portant sur des problèmes identiques ». Ensuite, elle souligne qu'« en permettant que toute personne justifiant d'un intérêt puisse demander l'annulation d'une disposition dont la Cour, statuant sur question préjudicielle, a constaté qu'elle violait la Constitution, l'article 4, alinéa 2, introduit dans la loi spéciale du 6 janvier 1989 par la loi spéciale du 9 mars 2003, a accru l'effet que peut avoir un arrêt préjudiciel sur des personnes qui n'étaient pas parties à cet arrêt ».

renforcée à l'égard de toute juridiction qui, saisie d'un litige ultérieur, serait confrontée à la même question que celle ayant donné lieu à cet arrêt(33). Cette autorité étendue réduit sensiblement l'écart entre les portées respectives des arrêts préjudiciels et des arrêts d'annulation. On comprend dès lors que, très vite, la Cour, quoique exceptionnellement et timidement, ait décidé de sa propre initiative d'aménager les effets de tel ou tel arrêt, jugeant qu'elle se devait «d'avoir égard aux répercussions que peut avoir sa décision sur d'autres situations que celle qui a fait l'objet de la question préjudicielle»(34). La Cour déroge ainsi au caractère déclaratoire du constat préjudiciel d'inconstitutionnalité, en maintenant pendant une certaine période les effets de la norme déclarée inconstitutionnelle.

Le 7 juillet 2011, la Cour constitutionnelle franchit un pas plus décisif. L'affaire est bien connue. Elle met en cause, au regard des articles 10 et 11 de la Constitution, la distinction historique faite par la législation sociale entre les ouvriers et les employés. En réponse à des questions préjudicielles posées sur ce point par le tribunal du travail de Bruxelles, la Cour rend un arrêt qui confirme sa jurisprudence antérieure sur la modulation temporelle des arrêts préjudiciels, mais en des termes à ce point explicites qu'il faut le considérer comme un arrêt de principe(35). Selon l'arrêt, «l'incertitude liée à l'applicabilité dans le temps des dispositions jugées inconstitutionnelles peut justifier que la Cour prévienne cette insécurité juridique dans l'arrêt préjudiciel» (B.3). Dans chaque affaire qui lui est soumise, la Cour doit rechercher «un juste équilibre entre l'intérêt de remédier à toute situation contraire à la Constitution et le souci de ne plus compromettre, après un certain temps, des situations existantes et des attentes qui ont été créées» (B.5.4). C'est dès lors au nom des principes de la sécurité juridique et de la confiance légitime que la Cour se juge autorisée, non seulement à limiter l'effet rétroactif qui peut découler d'un constat d'inconstitutionnalité (B.5.4), mais également à déroger au caractère déclaratoire de ce constat, en maintenant pendant une certaine période les effets de la norme déclarée inconstitutionnelle (B.5.5). Pour cela, il lui faut «constater que l'avantage tiré de l'effet du constat d'inconstitutionnalité non modulé est disproportionné par rapport à la perturbation qu'il impliquerait pour l'ordre juridique» (B.5.5).

(33) Voy. M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, *op. cit.*, pp. 284-285.

(34) C. const., 4 juillet 1991, arrêt n° 18/91, B.9 et 1^{er} décembre 1993, arrêt n° 83/93, B.6. Voy. B. LOMBAERT, «Le maintien des effets des normes censurées par la Cour d'arbitrage. Recours en annulation et questions préjudicielles», *A.P.T.*, 1998, pp. 186-187.

(35) La question reste ouverte de savoir si, en prenant une telle décision, la Cour constitutionnelle ne devrait pas préserver la situation des parties en cause devant la juridiction de renvoi, voire de justiciables se trouvant dans une situation équivalente. Des auteurs se demandent, à juste titre, si le droit à une protection juridictionnelle effective n'exige pas qu'en toute hypothèse, le constat d'inconstitutionnalité reste applicable au litige devant la juridiction de renvoi, «ainsi qu'aux litiges comparables qui n'ont pas fait l'objet d'une décision passée en force de chose jugée au jour de la publication de l'arrêt préjudiciel au *Moniteur belge*» (M. MAHIEU et G. PIJCKE, «L'autorité dans le temps des arrêts préjudiciels prononcés par la Cour constitutionnelle», *op. cit.*, p. 171). Voy. également *Id.*, «Aménagement dans le temps des effets des arrêts rendus sur question préjudicielle: la Cour constitutionnelle a franchi le cap», *op. cit.*, p. 717.



Ultérieurement, la Cour constitutionnelle a encore recouru au procédé, par des arrêts rendus les 3 avril et 18 décembre 2014(36), puis le 12 mars et le 7 mai 2015(37).

En revanche, la Cour constitutionnelle se refuse à intervenir après l'arrêt préjudiciel, en limitant dans le temps les effets d'un arrêt rendu précédemment et qui portait sur la même norme législative(38). Selon elle, une limitation dans le temps «doit nécessairement être libellée dans l'arrêt préjudiciel lui-même, et ne peut être sollicitée dans un recours ultérieur»(39).

III. — LE REVIREMENT DE JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION

Un pourvoi en cassation est formé contre un jugement rendu le 25 janvier 2013 par le tribunal de première instance de Bruxelles, statuant en degré d'appel, en présence de la S.T.I.B. et de l'Union nationale des mutualités socialistes (U.N.M.S.). Suivant en cela les conclusions de l'avocat général, la Cour de cassation rejette les deux moyens soulevés par la S.T.I.B., demanderesse en cassation. Le premier moyen — qui seul nous intéresse ici — est considéré comme manquant en droit, tandis que le second est jugé dénué d'intérêt et, partant, irrecevable.

À l'origine, la S.T.I.B. avait été condamnée par le premier juge à payer à l'U.N.M.S. une somme provisionnelle de 3657,18 EUR à augmenter des intérêts judiciaires et des dépens. Cette condamnation était fondée sur l'article 29*bis* de la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs, dans sa version en vigueur au moment des faits. Statuant en degré d'appel, le tribunal de première instance de Bruxelles confirme cette condamnation. Prenant le contrepied de la position du tribunal de première de Bruxelles dans l'affaire ayant conduit à l'arrêt de la Cour de cassation du 20 décembre 2007(40), il juge cette fois que l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 15 juillet 1998 a constaté une lacune législative «auto-réparatrice» et qu'il lui revient dès lors d'appliquer la disposition lacunaire — l'article 29*bis* précité — à la catégorie de personnes discriminées par cette lacune, en ce qu'elle les prive inconstitutionnellement du bénéfice de la disposition en question.

Dans son pourvoi, la S.T.I.B. invoque — c'est l'objet du premier moyen — les exigences de la confiance légitime et de la sécurité juridique, qu'elle érige en principes généraux du droit. Elle soutient que ces principes s'opposent à l'application de l'article 29*bis* aux accidents de la circulation survenus avant la publication de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 15 juillet 1998. Elle s'en remet ainsi à la jurisprudence de l'arrêt de la Cour de cassation du 20 décembre 2007, qu'elle souhaite voir confirmée en l'espèce.

(36) C. const., 3 avril 2014, arrêt n° 60/2014 et 18 décembre 2014, arrêt n° 185/2014 (dispositifs). Voy. également F. TULKENS, «Actualités et réflexions sur le droit transitionnel jurisprudentiel. Quand le juge maintient les effets de ce qu'il annule», *J.T.*, 2012, pp. 738-739.

(37) C. const., 12 mars 2015, arrêt n° 29/2015 et 7 mai 2015, arrêt n° 57/2015.

(38) C. const., 21 mars 1995, arrêt n° 25/95 (déclaration d'inconstitutionnalité de l'ancien article 26 du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle en tant qu'il fixait à cinq ans le délai de prescription de l'action en responsabilité civile découlant d'une infraction).

(39) M. MAHIEU, obs. sous C. const., 19 février 1997, arrêt n° 8/97, *J.T.*, 1997, p. 296.

(40) Voy. *supra*.

En tenant le premier moyen pour non fondé, l'arrêt de la Cour de cassation du 20 novembre 2014 opère un revirement par rapport à l'arrêt du 20 décembre 2007 et condamne dans le chef des juridictions judiciaires toute modulation temporelle des effets d'arrêts rendus par la Cour constitutionnelle. Par là même, la Cour valide le caractère auto-réparateur de la lacune législative que le tribunal de première instance de Bruxelles a entendu combler. Des explications s'imposent sur chacun de ces points.

1. — *L'interdiction pour les juridictions de moduler dans le temps les effets des arrêts de la Cour constitutionnelle*

Il y a revirement de jurisprudence lorsqu'«une proposition juridique contenue dans une décision est incompatible avec celle qui résulte d'une décision antérieure», cette contradiction étant «assumée» par la juridiction en cause⁽⁴¹⁾. Si l'on peut comprendre que les juges, par souci de sécurité juridique, veillent à la continuité des solutions jurisprudentielles appliquées aux litiges dont ils sont saisis, il n'en reste pas moins que «comme toute vérité, la vérité juridique ne sert qu'à un moment donné»⁽⁴²⁾. En l'occurrence, la question est de «savoir quand une Cour de cassation, considérée comme un organe permanent et indivisible de l'État, va modifier sa jurisprudence»⁽⁴³⁾.

Malheureusement, en l'espèce comme souvent, le revirement du 20 novembre 2014 n'est pas formellement motivé par la Cour de cassation elle-même dans son arrêt. Seules les conclusions du ministère public permettent de comprendre les motifs ayant conduit les juges à revoir leur position. En effet, «dans l'hypothèse où un revirement de jurisprudence est accompagné de conclusions conformes publiées, l'on peut raisonnablement supposer que la Cour s'approprie le raisonnement de son Parquet»⁽⁴⁴⁾. À s'en tenir au seul arrêt, la tentation est grande de penser que la Cour de cassation n'a pas voulu s'obstiner dans l'erreur. Le procureur général Frédéric Dumon n'a-t-il pas un jour écrit que «la Cour de cassation revient sur sa jurisprudence lorsqu'elle est convaincue qu'elle s'est trompée»⁽⁴⁵⁾? Et d'ajouter que «les plus hautes juridictions peuvent se tromper» et qu'«on aurait mauvaise grâce à ne pas le reconnaître»⁽⁴⁶⁾. La tentation est d'autant plus grande que, si l'on passe de l'arrêt aux conclusions de l'avocat général, on découvre que l'arrêt du 20 décembre 2007 laisse ce dernier «perplexe».

Selon lui, la possibilité pour les cours et tribunaux de moduler dans le temps les effets des arrêts préjudiciels ne trouve pas de fondement dans le pouvoir qu'ils ont d'interpréter la loi, l'objet de l'interprétation étant l'arrêt de la Cour constitutionnelle et non la loi. Il ajoute qu'elle ne trouve pas non

(41) I. RORIVE, *Le revirement de jurisprudence — Étude de droit anglais et de droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 5.

(42) G. DARCY, «Le théoricien et le rêveur (réflexions sur les revirements de jurisprudence)», in *L'architecture du droit — Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 341.

(43) F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 1966, p. 111.

(44) I. RORIVE, *Le revirement de jurisprudence*, op. cit., p. 493.

(45) F. DUMON, «De l'État de droit», discours prononcé le 3 septembre 1979 à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, *J.T.*, 1979, p. 478, note.

(46) *Ibid.*



plus de fondement dans les principes généraux de confiance légitime et de sécurité juridique, de tels principes ne pouvant prévaloir sur le principe de légalité et le respect dû à la loi (47). De manière générale, la Cour de cassation considère, en effet, que «les principes généraux du droit ne peuvent, dans une matière déterminée, être appliqués par le juge lorsque cette application serait inconciliable avec la volonté du législateur» (48).

De notre point de vue, la raison pour laquelle une juridiction judiciaire ne peut opérer une modulation temporelle d'un arrêt préjudiciel réside plutôt dans l'article 142 de la Constitution: dès le moment où cette modulation modifie la portée de la réponse de la Cour constitutionnelle, au point de la rendre inopérante, c'est le mécanisme même du renvoi préjudiciel, fondé sur l'article 142, qui s'en trouve remis en cause (49). Or, «un principe général de droit, même à "valeur constitutionnelle", ne peut (...) l'emporter sur la Constitution elle-même» (50).

Il reste que la perplexité de l'avocat général ne suffit pas à expliquer le revirement de la Cour. Comme il le relève lui-même, un élément nouveau est intervenu entre les arrêts du 20 décembre 2007 et du 20 novembre 2014: il s'agit de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 7 juillet 2011, examiné ci-dessus.

Dans l'ouvrage qu'elle a publié à partir de sa recherche doctorale sur le revirement de jurisprudence, Isabelle Rorive souligne que «lorsque la paix judiciaire ne règne pas, il semble légitime pour la Cour de cassation de reconsidérer sa position puisque les raisons qui président au maintien de cette dernière (assurer l'unité de la loi par l'uniformité de la jurisprudence et répondre au respect des attentes légitimes des justiciables) se sont plus ou moins sérieusement effritées, soit que la jurisprudence du fond est véritablement chaotique, soit que les controverses se sont multipliées au risque de saper sérieusement son uniformité» (51). Elle ajoute que le principe de stabilité de la jurisprudence de la Cour de cassation ne cède pas devant la seule circonstance que la paix juridique est troublée, de «bonnes raisons» devant «se greffer sur l'absence de paix judiciaire» (52). On pense, par exemple, à la nécessité de se conformer à une orientation jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme (53).

Selon nous, les conclusions du ministère public précédant l'arrêt du 20 novembre 2014 ajoutent une «bonne raison» à la liste existante: la néces-

(47) A. BOSSUYT, «Les principes généraux du droit administratif et droit public, dans la jurisprudence de la Cour de cassation», in S. GILSON (dir.), *Au-delà de la Loi? — Actualités et évolutions des principes généraux du droit*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2006, p. 179.

(48) P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, coll. Répertoire pratique du droit belge, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 44.

(49) Voy. *supra*.

(50) J. VELAERS, «Les principes généraux du droit à "valeur constitutionnelle": des incontournables de notre ordre constitutionnel», in I. HACHEZ *et al.* (dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 1, *Normes internationales et constitutionnelles*, Limal-Bruxelles, Anthemis-Université Saint-Louis, 2012, p. 570.

(51) I. RORIVE, *Le revirement de jurisprudence*, *op. cit.*, p. 473.

(52) *Ibid.*, pp. 439 et 476 (citant un rapport annuel de la Cour de cassation).

(53) Voy. not. les concl. de l'avocat général J. VELU sous l'arrêt du 14 avril 1983 par lequel la Cour de cassation a abandonné sa jurisprudence antérieure sur l'inapplicabilité absolue de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme aux procédures disciplinaires (*Pas.*, 1983, I, p. 866).

sité d'harmoniser la jurisprudence de la Cour de cassation avec la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. En l'occurrence, l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 7 juillet 2011 entraînait directement en conflit avec l'arrêt de la Cour de cassation du 20 décembre 2007. Dès le moment où la première se reconnaissait un pouvoir de modulation temporelle, elle compromettait le même pouvoir dans le chef de la seconde. Est-ce à dire pour autant, comme l'écrit l'avocat général dans ses conclusions, que l'arrêt de la Cour constitutionnelle « doit être interprété comme interdisant dorénavant à toute autre juridiction de débattre de cette interdiction » ? Si l'on saisit bien l'idée ainsi exprimée, le terme d'« interdiction » ne nous paraît pas approprié. Les deux juridictions suprêmes ne sont pas, l'une par rapport à l'autre, dans un rapport hiérarchique qui autoriserait la formulation d'une telle interdiction. Les juges constitutionnels ne sont pas habilités à adresser des injonctions générales aux juges de cassation.

Qu'on nous comprenne bien. La Cour constitutionnelle est certes en mesure de contraindre la Cour de cassation, en ce sens que celle-ci est liée par les constats d'inconstitutionnalité formulés par celle-là. À l'instar des autres juridictions, elle a même parfois l'obligation de combler les lacunes législatives constatées par l'arrêt préjudiciel (54). Mais chaque contrainte est la conséquence concrète d'un arrêt déterminé. Et l'obligation pour le juge de s'y soumettre repose sur un fondement légal : en vertu de l'article 28 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, « la juridiction qui a posé la question préjudicielle, ainsi que toute autre juridiction appelée à statuer dans la même affaire sont tenues, pour la solution du litige à l'occasion duquel ont été posées les questions visées à l'article 26, de se conformer à l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle ».

La Cour de cassation n'était pas juridiquement obligée de se rétracter suite à l'arrêt de la Cour constitutionnelle. Si elle s'y est résolue, c'est volontairement, étant ici libre de toute contrainte. Sans doute a-t-elle été soucieuse de ne pas provoquer une nouvelle discorde entre les deux hautes juridictions. C'est tout à son honneur. N'est-il pas impérieux que la Cour constitutionnelle et les autres juridictions travaillent à ne pas créer entre elles les conditions d'une « guerre des juges » ? Au sein d'un monde juridique où la production du droit repose sur des exigences renouvelées — un monde où la multiplication et la dissémination des sources du droit appellent autant de circularité que de linéarité dans la résolution des problèmes —, l'indispensable collaboration entre les ordres juridictionnels impose, non seulement que personne ne s'imisce indûment dans les affaires intérieures des autres, mais en outre que chacun s'attache à favoriser une convergence maximale des différentes jurisprudences. Le contexte actuel de discontinuité normative — dont « la meilleure illustration », selon Mireille Delmas-Marty, est précisément « la coexistence de cours suprêmes autonomes et non hiérarchisées entre elles » (55) — met les juges devant un choix : « adopter des comportements stratégiques et individualistes, dans une perspective de défiance concurrentielle, ou faire montre, au contraire, d'une attitude éthique de responsabilité auto-limitée, dans une

(54) Voy. *infra*.

(55) M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994, p. 92.



perspective de collaboration confiante»(56). Par l'arrêt du 20 novembre 2014, la Cour de cassation a opté pour la voie de la sagesse.

2. — *L'obligation pour les juridictions de combler les lacunes législatives auto-réparatrices constatées par la Cour constitutionnelle*

Une lacune législative est inconstitutionnelle lorsqu'en réglant un domaine de sa compétence, le législateur crée ou révèle une lacune susceptible de heurter un ou plusieurs droits fondamentaux et, tout spécialement, le principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination. Saisie d'une question préjudicielle ayant pour objet une norme législative dénoncée comme lacunaire, la Cour constitutionnelle doit envisager deux situations.

Soit il s'avère que la lacune n'est pas le fait du législateur, mais de la juridiction de renvoi. Parfois, en effet, la juridiction *a quo* retient de la norme législative en cause une interprétation si étroite qu'elle produit une situation lacunaire. Dans ce cas, la Cour constitutionnelle utilise le procédé de l'interprétation conciliante. Directement inspiré de la jurisprudence *Waleffe* de la Cour de cassation(57), le procédé consiste à procurer à la norme législative une interprétation «conforme» ou «neutralisante», c'est-à-dire une interprétation qui la rend compatible avec la Constitution, afin d'en sauvegarder la constitutionnalité et ainsi de protéger l'intégrité de l'ordre normatif(58). Est-il besoin de rappeler qu'une règle de droit ne s'accommode pas nécessairement d'une signification unique et exclusive, mais peut être appréhendée à travers plusieurs lectures possibles. Or, les diverses interprétations auxquelles se prête une règle ne sont pas toutes acceptables sur le plan constitutionnel et, à l'inverse, l'inconstitutionnalité d'une interprétation ne signifie pas que les autres le sont aussi.

Soit la lacune est bien imputable au législateur lui-même. Dans ce cas, si elle conclut à l'inconstitutionnalité de la norme lacunaire et si cette inconstitutionnalité peut être constatée «en des termes suffisamment précis et complets»(59), la Cour constitutionnelle invitera la juridiction de renvoi à corriger la lacune, afin que la disposition en cause puisse être appliquée dans le respect des articles 10 et 11 de la Constitution. On parle, dans ce cas, de «lacune auto-réparatrice»(60). Bien que la norme lacunaire soit inconstitutionnelle, le juge n'en écarte pas l'application, mais au contraire l'applique après l'avoir «réparée».

(56) F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, «Le juge entre ordre et désordre», in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 480.

(57) Cass., 20 avril 1950, *Pas.*, 1950, I, p. 560, avec les concl. du procureur général L. CORNIL.

(58) Sur ce procédé, voy. P. POPELIER, *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, op. cit., pp. 266-268; K.-J. VANDORMAEL, *Het Grondwettelijk Hof: rechter of regelgever?*, op. cit., pp. 50-52; M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, op. cit., pp. 251-254.

(59) Voy. not. C. const., 25 juin 2015, arrêt n° 94/2015, B.11 et B.25, et 29 octobre 2015, arrêt n° 151/2015, B.7.4.

(60) M. MELCHIOR et C. COURTOY, «L'omission législative ou la lacune dans la jurisprudence constitutionnelle», *J.T.*, 2008, p. 676. Sur les lacunes «auto-réparatrices», voy. M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, op. cit., pp. 263-265.



On précisera que toute lacune législative inconstitutionnelle ne peut être tenue pour auto-réparatrice. Ainsi, lorsqu'une extension de la loi par la juridiction de renvoi n'est pas permise parce que celle-ci règle des aspects d'une matière — telle la matière pénale ou la matière fiscale — soumise au principe constitutionnel de légalité, la Cour constitutionnelle n'a d'autre alternative que d'invalider purement et simplement la norme lacunaire.

Généralement, une lacune auto-réparatrice est « intrinsèque » (61), en ce qu'elle est localisable dans la norme législative contrôlée elle-même. En adoptant la norme, le législateur a, délibérément ou négligemment, circonscrit le champ d'application de cette norme en « excluant » une ou plusieurs catégories de personnes, pourtant comparables aux destinataires de celle-ci. En revanche, face à des lacunes « extrinsèques » — non localisables dans la norme législative contrôlée, mais imputables à l'ordre juridique dans sa globalité —, la Cour s'abstient le plus souvent de conclure à l'inconstitutionnalité de cette norme, préférant adresser au législateur une invitation à nettoyer l'ordre juridique de cette lacune, une invitation qui peut être une véritable injonction (62). Dans deux arrêts au moins, la Cour a pourtant décidé que la lacune extrinsèque était « auto-réparatrice » (63).

La lacune législative frappée d'inconstitutionnalité par la Cour constitutionnelle le 15 juillet 1998 revêt indiscutablement un caractère auto-réparateur. D'une part, l'article 29*bis*, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, lui-même renferme cette lacune. D'autre part, l'élimination de cette lacune n'impose pas qu'une marge d'appréciation soit laissée au législateur, mais passe par un simple remaniement textuel de cette disposition. Il suffit, en effet, d'en écarter sept mots : « sans être liés à une voie ferrée ».

Certes, le libellé de cette disposition, et plus particulièrement les termes « sans être liés à une voie ferrée », sont significatifs de la volonté du législateur d'écarter expressément une catégorie de véhicules automoteurs du champ d'application de cette disposition. Il ne s'agit pas dans son chef d'un oubli. La situation ne peut donc être confondue avec celle où le législateur, par son silence, omet d'étendre la disposition à une catégorie que, ce faisant, il exclut implicitement.

Cependant, de la circonstance qu'une catégorie est exclue délibérément par le législateur, on ne peut inférer que ce dernier était conscient de l'inconstitutionnalité d'une telle exclusion. Ce sont là deux choses différentes. En l'occurrence, le postulat de la rationalité du législateur nous impose de supposer que, s'il avait été conscient de l'existence d'une discrimination inconstitutionnelle recélée par l'article 29*bis*, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, il aurait étendu le bénéfice de cette disposition à la catégorie délaissée. On est dans une situation où, comme l'écrit Jean-Claude Scholsem, « le législateur, s'il était appelé à intervenir, n'aurait

(61) M. MELCHIOR et C. COURTOY, « L'omission législative ou la lacune dans la jurisprudence constitutionnelle », *op. cit.*, p. 670.

(62) Voy. M. VERDUSSEN, « La responsabilité civile du fait de légiférer en violation de la Constitution », in D. RENDERS (dir.), *La responsabilité des pouvoirs publics*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 422-425.

(63) C. const., 11 janvier 2012, arrêt n° 1/2012 et 18 décembre 2014, arrêt n° 191/2014. Voy. P. MARTENS, « Le juge légiférant », *J.L.M.B.*, 2012, pp. 558-559.



quasiment d'autre choix»(64). Ajoutons qu'il aurait été en mesure de le faire en biffant tout simplement les mots «sans être liés à une voie ferrée». Selon M. l'avocat général Christian Vandewal dans les conclusions précédant un arrêt de la Cour de cassation du 29 septembre 2011 (65), à propos de la même disposition législative, il en serait autrement si la lacune était «de nature telle à requérir nécessairement qu'une toute autre régulation soit introduite qui exige une nouvelle évaluation sociétale des intérêts en cause par le législateur ou une adaptation d'une ou de plusieurs autres dispositions légales», auquel cas le juge ne pourrait pas «se substituer au législateur».

Le procédé des lacunes auto-réparatrices doit être approuvé. Certes, la Cour constitutionnelle ne trouve pas dans la loi spéciale du 6 janvier 1989 une disposition l'autorisant à y recourir. Certes encore, en prononçant ce type d'arrêts — qui sont des «décisions interprétatives additives», selon l'expression utilisée par la doctrine italienne(66) —, la Cour constitutionnelle s'expose aux reproches de ceux qui refusent d'assimiler une juridiction constitutionnelle à un législateur positif(67). Pourtant, en renonçant au procédé des

(64) J.-C. SCHOLSEM, «La Cour d'arbitrage et les lacunes législatives», in A. ARTS, I. VEROUGSTRAETE, R. ANDERSEN, G. SUETENS-BOURGEOIS, M.-F. RIGAU, R. RYCKEBOER et A. DE WOLF (dir.), *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'État — De verhouding tussen het Arbitragehof, de Rechterlijke Macht en de Raad van State*, Bruges, die Keure, Bruxelles, la Charte, 2006, p. 222.

(65) Cass., 29 septembre 2011, *R.G.A.R.*, 2012, n° 14860; *Pas.*, 2011, p. 2094 et les concl. du ministère public. Voy. également Cass., 14 octobre 2008, *Pas.*, 2008, p. 2217, avec les concl. de l'avocat général M. TIMPERMAN; *J.T.*, 2008, p. 755, obs. B. DEJEMEPPE, «La guerre des juges n'aura pas lieu» («Lorsque la Cour constitutionnelle constate qu'en raison d'une lacune, une disposition légale en matière de procédure pénale viole les articles 10 et 11 de la Constitution, il appartient au juge pénal, pour autant que possible, de combler cette lacune. Cette possibilité dépend de la nature de l'omission. Si le comblement de la lacune requiert un régime procédural totalement différent, le juge ne peut se substituer au législateur. Mais s'il est possible de mettre fin à l'inconstitutionnalité en se bornant à compléter la disposition légale, de sorte qu'elle ne soit plus contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution, le juge a le pouvoir et le devoir de le faire»); Cass., 28 octobre 2008, *Pas.*, 2008, p. 2378 («Si la nature de la lacune requiert nécessairement un règlement procédural totalement différent, le juge ne peut à cette fin se substituer au législateur. Cependant, s'il est possible de mettre fin à l'inconstitutionnalité en complétant, sans plus, la disposition légale de sorte que celle-ci ne soit plus contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution, le juge a le pouvoir et le devoir de le faire»); Cass., 3 novembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 2440 («Le juge est tenu de remédier dans la mesure du possible à toute lacune de la loi qui viole les articles 10 et 11 de la Constitution dont la Cour constitutionnelle a constaté l'existence. Le juge ne peut pallier cette lacune que si celle-ci le permet. Ainsi, il peut et doit pallier la lacune s'il peut mettre fin à l'inconstitutionnalité en suppléant simplement à l'insuffisance de la disposition légale litigieuse dans le cadre des dispositions légales existantes, de manière à la rendre conforme aux articles 10 et 11 de la Constitution. En revanche, il ne peut se substituer au législateur si la lacune est telle qu'elle exige nécessairement l'instauration d'une nouvelle règle qui doit faire l'objet d'une réévaluation des intérêts sociaux par le législateur ou qui requiert une modification d'une ou de plusieurs dispositions légales»). Les trois arrêts des 14 octobre, 28 octobre et 3 novembre 2008 ont mis fin à une période d'hésitation de la Cour de cassation qui, jusque-là, avait jugé devoir laisser au législateur lui-même le soin de combler de telles lacunes: voy. not. Cass., 12 août 2008, *Pas.*, 2008, p. 1802.

(66) T. DI MANNO, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions «interprétatives» en France et en Italie*, Paris, Economica, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 1997, p. 231.

(67) L'expression est utilisée par rapport au «législateur négatif» évoqué par Hans Kelsen: «La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)», *Rev. dr. publ.*, 1928, pp. 224-226. Selon C. Behrendt, «le juge constitutionnel ne peut systématiquement



lacunes auto-réparatrices, la Cour constitutionnelle créerait une différence de traitement inacceptable entre justiciables, selon la nature de l'inconstitutionnalité qui les affecte. Comment justifier que le justiciable se voit « rétabli dans son droit à l'égalité lorsqu'il suffit de biffer quelques mots d'une loi », mais se voit « dénier ce droit lorsqu'il faudrait ajouter quelques mots à la loi » (68) ? Le souci d'une protection équitable des justiciables doit l'emporter sur le respect de l'autorité du législateur qui au demeurant reste « libre de corriger la discrimination constatée par la Cour d'une façon différente de celle qui a été retenue pour le cas d'espèce qui a donné lieu à la question préjudicielle » (69). On regrettera simplement que la Cour constitutionnelle, confrontée à des cas d'espèce très différents les uns des autres, qui l'obligent à recourir à des approches casuistiques, ne puisse éviter certains tâtonnements dans le maniement des lacunes (70). Il n'est pas certain que les juges judiciaires s'y retrouvent toujours.

*

* *

« Puisse la guerre des juges ne pas avoir lieu » : c'est en ces termes qu'il y a seize ans, nous concluons une étude rédigée avec le professeur Jacques van Compernelle (71). En quelques années, on a pu constater que les éléments de divergence entre la Cour constitutionnelle et la Cour de cassation ne manquent pas. Fort heureusement, l'arrêt du 20 novembre 2014 est, sur les points tranchés par la Cour, très apaisant. Dans un arrêt ultérieur, prononcé le 5 février 2016, la Cour de cassation a jugé qu'il résulte de la combinaison de l'article 26, § 2, alinéa 2, 2°, et de l'article 28 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, que « l'arrêt préjudiciel constatant l'inconstitutionnalité de l'article 29bis de la loi du 21 novembre 1989, sans que la Cour constitutionnelle en ait limité les effets dans le temps, est déclaratoire et s'impose tant à la juridiction qui a posé la question préjudicielle qu'à celle qui en est dispensée », de telle sorte que viole les articles 26, § 2, alinéa 2, 2°, et 28 précités l'arrêt attaqué, qui considère qu' « il appartient au pouvoir judiciaire, lors de l'interprétation de la loi, de fixer les effets dans le temps de la violation de la Constitution à laquelle conclut la Cour constitutionnelle en réponse à une question préjudicielle » et qu'en l'espèce « les exigences de la confiance légitime (...) et de la sécurité juridique s'opposent à ce que l'obliga-

quement se contenter d'une attitude « négative » ; il existe des situations où une démarche plus « positive » est nécessaire pour résoudre les problèmes dont il est — il convient d'insister sur ce point — régulièrement saisi » (*Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif — Une analyse comparative en droit français, belge et allemand*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2006, p. 441).

(68) B. RENAULD, « Lacune législative et devoir de juger », *J.L.M.B.*, 2006, p. 637.

(69) *Ibid.*, p. 638.

(70) Voy. J. DE JAEGERE, « Actieve rechtsvorming door het Grondwettelijk Hof. Waar ligt de grens? », *T.B.P.*, 2014, p. 32.

(71) J. VAN COMPERNOLLE et M. VERDUSSEN, « La guerre des juges aura-t-elle lieu ? À propos de l'autorité des arrêts préjudiciels de la Cour d'arbitrage », *J.T.*, 2000, p. 304.



tion d'indemnisation prévue par l'article 29*bis*, § 1, alinéa 1, s'applique aux accidents de la circulation impliquant des véhicules liés à une voie ferrée qui (...) se sont produits avant la publication de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 15 juillet 1998" » (72).

À la différence de l'arrêt du 20 novembre 2014, l'arrêt du 5 février 2016 a été rendu en audience plénière. L'apaisement est donc complet.

MARC VERDUSSEN

PROFESSEUR ORDINAIRE

À L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN (UCL)

CENTRE DE RECHERCHE SUR L'ÉTAT

ET LA CONSTITUTION (JUR I-CRECO)

(72) Cass., 5 février 2016, C.15.0011.F/1.

